

Direito à saúde: a problemática do fornecimento de medicamentos

Fernando de Oliveira Domingues Ladeira¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Características e classificações dos direitos fundamentais. 3. O direito à saúde. 4. A efetividade do direito à saúde. 5. A problemática do fornecimento de medicamentos. 6. Análise da legislação infraconstitucional – O Sistema Único de Saúde (SUS) na Lei 8080/90. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

105

1. Introdução

O objetivo do presente artigo é a verificação da problemática do fornecimento de medicamentos pelos entes públicos, haja vista a crescente judicialização da matéria, ou seja, somam-se as demandas judiciais buscando a garantia do fornecimento de medicamentos.

A análise do problema acerca do fornecimento de medicamentos envolve, portanto, o estudo sobre o direito à saúde e por decorrência dos direitos sociais, cuja efetivação e reconhecimento como direitos subjetivos apresenta peculiaridades próprias, notadamente por exigirem os direitos sociais, em grande medida, recursos financeiros sempre limitados para sua realização.

E é justamente a escassez de recursos que impõe uma análise detida do fornecimento de medicamentos, de sorte que não há como fugir da conclusão de que a proliferação de decisões assegurando o fornecimento de medicamen-

¹ Especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Magistratura e mestrando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

tos e tratamentos médicos implicará a redução ou mesmo impossibilidade de implementação de políticas públicas que visem exatamente ao mesmo fim, mas com caráter coletivo.

Portanto, o que se buscará demonstrar é que os direitos sociais são de fato dotados de efetividade, ou seja, é necessária sua implementação através de políticas públicas.

Mas importa frisar que a atuação do Poder Judiciário deve se pautar em termos subsidiários na implementação dos direitos sociais; necessário, portanto, configurar-se uma omissão não justificável do Poder Público para fundamentar e legitimar decisões judiciais que assegurem individualmente direitos sociais, pois do contrário haverá irremediável prejuízo coletivo para a realização plena destes mesmos direitos sociais.

Desta feita, especificamente no tocante ao direito à saúde é preciso ter presente o caráter regionalizado do Sistema Único de Saúde, o que implica dizer que existe uma distribuição de atribuições entre os diversos entes federativos para a efetivação do direito à saúde e, portanto, não possui lastro constitucional a utilização genérica do princípio da solidariedade dos entes federativos para a imposição de obrigações àqueles entes que não disponham de atribuição no fornecimento de medicamentos e prestação de serviços de saúde que não se incluam em sua esfera de pertença.

Quer com isto afirmar que o dever de realização do direito à saúde não só enfrenta limitações orçamentárias, sendo imprescindível a observância da autonomia dos entes federativos, evitando-se, com isto, a imposição de obrigações através de decisões judiciais àqueles que por disposição legal não são os responsáveis pela prestação do serviço de saúde, pois, por vezes, ocorre de ser um dos entes federativos condenado a prestar determinada atividade de saúde ou fornecer específico medicamento que já é oferecido ou prestado por outro ente federativo sem a necessidade de tutela jurisdicional.

O assim proceder é injustificável e não encontra respaldo constitucional, como se demonstrará; ao contrário, antes de contribuir para a efetivação dos direitos sociais, acarreta sua limitação, na medida em que gera um prejuízo coletivo para fins de garantir um direito individual.

Com o escopo de estudar o tema proposto, será feita, inicialmente, uma análise sobre o gênero direitos sociais, apresentando suas especificidades e classificações, para em seguida passar à abordagem constitucional do direito à saúde, inclusive verificando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, para, finalmente, tecer considerações finais sobre o fornecimento de medicamento, perpassando pelos princípios instituidores do Sistema Único de Saúde e disposições normativas sobre a divisão de atribuição entre os diversos entes federativos.

2. Características e classificações dos direitos fundamentais

O reconhecimento de direitos sociais no corpo da Constituição Federal é a evidência de ter o Estado brasileiro adotado a configuração de um Estado Democrático de Direito, cuja característica foge daquela apresentada pelos Estados liberais que objetivavam apenas a garantia de liberdades públicas, ou seja, Estados cuja configuração buscava evitar a interferência estatal na esfera privada dos indivíduos, cuja finalidade última era apenas assegurar o direito à igualdade em um aspecto meramente formal.

A superação do Estado Liberal decorreu do reconhecimento de que o garantia formal da liberdade e da igualdade não justificou a superação das desigualdades substanciais existentes na sociedade.

A característica, portanto, do Estado Democrático de Direito é assegurar um mínimo de igualdade material aos indivíduos através da incorporação de direitos de caráter social que demandam uma atuação positiva do Poder Público.

Na realidade, o conceito de Estado Democrático de Direito deve ser entendido como um conceito novo, no qual, além dos elementos componentes do Estado Social e do Estado de Direito, apresenta o componente da alteração das estruturas sociais, ou como afirma José Afonso da Silva *“um componente revolucionário de transformação do status quo”*².

Portanto, insito no conceito de Estado Democrático de Direito a ideia do construir uma sociedade livre justa e solidária (art. 3º da Constituição Federal), a partir da participação do povo, diretamente ou através de representantes eleitos democraticamente (art. 1º, § único, da Constituição Federal), pluralista no sentido de conviverem no seio da sociedade ideias conflitantes, imantado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Referido Estado, portanto, para além da mera organização administrativa do Estado, apresenta uma profunda incorporação de valores na Constituição Federal, além de prioridades e objetivos públicos a serem atingidos pelo Estado com o escopo de assegurar a justiça social.

Esta conotação de Estado retira-lhe o caráter de um fim em si mesmo, para apresentar um caráter humanista e modificador das estruturas sociais, configurando-se como um meio para o bem-estar do homem³.

Ganha relevo, pois, neste Estado, através da incorporação de valores na Constituição imantados pelo princípio da dignidade humana, a consideração de que passa a ser a valorização do ser humano em si mesmo o fundamento último a ser atingido, configurando-se, portanto, a dignidade da pessoa humana, nas palavras de Ana Paula de Barcellos num axioma ontológico e num comando jurídico, i.e., *“as pessoas têm uma dignidade ontológica e devem ter condições de existência compatíveis com essa dignidade, aí se incluindo a liberdade de se desenvolverem como indivíduos, a possibilidade de participarem das deliberações coletivas, bem como condições materiais que as livrem da indignidade (...). E assim deve ser não apenas porque isso é desejável, justo e bom, mas porque a Constituição, centro do sistema jurídico, norma fundamental e superior, assim determina”*⁴.

Portanto, o Estado Democrático de Direito, através da incorporação de valores e determinação de fins, não descarta a legalidade, haja vista ser este seu fundamento, mas incorpora dentre as finalidades da lei um papel transformador de realidades sociais e econômicas da sociedade.

Quer dizer que o Estado pretende não só garantir direitos sociais e liberdades individuais, mas assegurar sua consecução através da transformação social, apresentando o Estado, a partir desta conotação, não mais um papel passivo de mero espectador da realidade cujas intervenções limitem-se a evitar violações de direitos individuais.

2 Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 28ª edição. São Paulo: Malheiros editores, p. 119.

3 Barcellos, Ana Paula de. *A Eficácia dos Princípios Constitucionais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 29.

4 Idem, p. 29-30.

Ao contrário, prende-se ao papel do Estado a incorporação da ideia de tratar-se de agente transformador da sociedade; associa-se a seu conceito, portanto, a figura de direção da sociedade e não por outra razão também qualifica-se a Carta Política desta forma de Estado como Constituição dirigente⁵.

Como afirma José Afonso da Silva “a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”⁶.

O Estado, portanto, representa uma evolução do conceito do Estado liberal, pois se apresenta o poder público como ator, ou seja, instrumento da superação das opressões sociais, e isto implica a ampliação de suas atividades interventivas na vida econômico e social, através da realização de atuações diretas e indiretas que ficavam à margem do papel do Estado.

Esse processo evolutivo do Estado através de atuações frequentes na vida econômica e social caracteriza o que José Afonso da Silva caracteriza como um processo de democratização sucessiva, na medida em que o conceito de democracia, como simples sufrágio universal e participação comunitária na formação na vontade geral, desnuda-se no conceito de democracia social que implica também uma crescente participação da vontade popular na vida econômica do país, com subsequente diminuição da esfera individual em proveito do coletivo⁷.

Nítida, portanto, na Constituição Federal de 1988, a superação do liberalismo clássico, na medida em que se ampliou o papel de Estado objetivando a realização de valores sociais que implicam, por que não dizer, profundas transformações sociais e realçam a necessidade de atuação do Estado através da ampliação de sua presença na vida social e econômica, como modo de evitar os abusos de poder econômico e garantir a eficiência do sistema de mercado sempre tendo em atenção a busca da justiça social.

Incorpora, portanto, no Estado Democrático de Direito brasileiro um conjunto de princípios de direitos econômicos e sociais que constitui o conteúdo social da Constituição, de onde vem o conceito de “Constituição dirigente” já mencionado.

Assim, caracteriza-se a Constituição de 1988 como modelo de Constituição dirigente na medida em que “define fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática”⁸.

Convivem, portanto, no Estado Democrático de Direito, além de objetivos e valores a serem atingidos através da conformação da sociedade, tanto direitos de defesa como direitos à prestação, os quais são espécie do gênero direitos fundamentais que podem ser conceituados, nas palavras de Ingo Sarlet:

“como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material) integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas

5 Nas palavras de Canotilho “a programática de uma constituição dirigente, democraticamente fixada e compromissoriamente fixada e aceite, aspira, torna-se a dimensão visível de um projeto de justo comum e de direção justa” (Canotilho, Joaquim José Gomes. *A constituição dirigente e vinculação do legislador: contributos para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra editora, 2001, p. 22).

6 Afonso da Silva, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2007, p. 122.

7 Afonso da Silva, Jose. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008, p. 136.

8 Opus cit., p. 136-137.

da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no artigo 5º, § 2º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrente do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais)''''9.

São inúmeras as classificações apresentadas aos direitos fundamentais; para fins deste estudo será apresentada a classificação de Ingo Wolfgang Sarlet, o qual distingue os direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestação.

Os direitos fundamentais de defesa, segundo o autor, geram obrigação de abstenção por parte do poder público; são direitos negativos, revela-se no espectro do *status negativus* e/ou *status libertatis* e engloba direitos à vida, liberdade, políticos, parte dos direitos sociais. Os direitos fundamentais a prestações objetivam não apenas a "liberdade – autonomia" mas a "liberdade por intermédio do Estado", do que depende uma postura ativa do Estado para a consecução deste direito. Estes direitos enquadram-se no âmbito dos assim denominados direitos de segunda geração ou dimensão e são fruto do processo da evolução do Estado de Direito para o Estado democrático e social de Direito que se consagrou apenas neste século¹⁰.

Os direitos fundamentais a prestação, por sua vez, admitem outra subclassificação: como direitos a prestações materiais ou direitos a prestações normativas, do que decorre que os direitos a prestações não se limitam a direitos sociais, entendidos como direitos a prestações fáticas. Consideram-se, portanto, os direitos a prestação normativa como direitos de proteção e participação que apresentam um *status negativus*, assemelhando-se aos direitos próprios de defesa do Estado de Direito ao passo que os direitos a prestações materiais, também entendidos como direitos a prestação estrito senso são aqueles que demandam atuação positiva do poder público através de prestações materiais e se encontram vinculados primordialmente ao Estado Social¹¹.

Ainda no âmbito dos direitos a prestação, pode ser feita a distinção entre direitos a prestação derivados e direitos a prestação originários. Os direitos a prestação derivados compreendem o direito de igual acesso a instituições criadas pelos poderes públicos, ao passo que os direitos originários a prestação são aqueles que asseguram aos indivíduos o fornecimento de prestação estatal, ainda que inexistente um sistema prévio de oferta destes bens e serviços e que podem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais que o consagram¹².

Portanto, de acordo com a classificação apresentada acima, observa-se que os direitos fundamentais sociais não podem ser entendidos exclusivamente como direitos a prestações materiais, como p. ex. os direitos trabalhistas e sindicais, da mesma forma que nem todos os direitos à prestação são direitos sociais.

9 Sarlet, Ingo Wolfgang, Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988, *Revista Diálogo Jurídico*, Ano I, Vol. n. 1 – Abril de 2001, Salvador Bahia, p. 11

10 Idem, p. 14-15.

11 Ibidem, p. 16.

12 Ibidem, p. 16-17.

Desta forma, de acordo com Sarlet, os direitos sociais não se vinculam a direitos a prestações materiais do Estado, ou mesmo ao fato de que se trata de direitos conferidos a uma categoria social, como no caso dos direitos dos trabalhadores. A denominação de direitos fundamentais sociais “encontra sua razão de ser na circunstância – comum aos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa – de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantias de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja de proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas”¹³.

Portanto, os direitos de defesa e os direitos sociais de cunho prestacional obedecem a uma dialética de complementariedade, pois ambos se baseiam na concepção de que “a dignidade da pessoa humana apenas poderá ser plenamente realizada com uma maior liberdade para todos e menos privilégios”¹⁴.

3. O direito à saúde

O direito à saúde configura-se como direito social prestacional que objetiva assegurar à pessoa humana condições de bem-estar e de desenvolvimento mental e social livre de doenças físicas e psíquicas.

No âmbito internacional, a proteção do direito à saúde é observada no Pacto de Direitos Políticos, Econômicos e Sociais e, portanto, assegurou-se no âmbito internacional o direito à saúde:

“Artigo 12 – 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças.

b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente.

c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças.

d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade”.

¹³ Ibidem, p-20.

¹⁴ Sarlet, Ingo, opus cit. P. 20.

O direito à saúde, portanto, compreende a atuação estatal através de condutas preventivas e sanitárias, como também compreende o dever de criação de condições que assegurem assistência médica e serviços médicos em casos de enfermidade.

Trata-se, portanto, de direito cujo âmbito de atuação vai além do tratamento do ser humano enfermo, embora seja nestas hipóteses em que a necessidade de assegurar-se o exercício pleno deste direito mostre-se mais incisivo.

Este, porém, é apenas um dos seus aspectos, pois não há como se entender o direito à saúde desvinculado na necessidade de se assegurar condições sanitárias e de meio ambiente saudável como explicita o Pacto dos Direitos Políticos, Econômicos e Sociais.

Observe-se que na constituição da Organização Mundial da Saúde, em seu preâmbulo, é estabelecido que a saúde consiste no completo bem-estar físico e mental e não apenas na ausência de enfermidades ou infecções.

No mesmo documento também ficou assentado que o gozo do grau máximo de saúde a que se pode atingir é um dos direitos fundamentais sem distinção de raça, religião, ideologia política ou condição econômica e social, tendo sido dado relevo à importância da assunção de desenvolvimento e fornecimento de saúde para todos os povos em razão do perigo comum decorrente de detrimientos de condições de saúde.

De fato, a inexistência de políticas de âmbito internacional para o controle de doenças infectocontagiosas é geradora de riscos de disseminação das doenças, pois não há como se manter restrito a um povo determinadas infecções e doenças, de forma que o documento de constituição da Organização Mundial da Saúde revela o dever de atuação conjunta de todos os povos para a realização plena do bem-estar físico e mental de todos os povos em relação de solidariedade.

Por conseguinte, é nítido o caráter universal e indivisível do direito à saúde, como exemplar de direito fundamental social.

A universalidade decorre da necessidade de extensão universal dos direitos, tendo como único requisito para tanto a condição de pessoa para sua titularidade, ao passo que a indivisibilidade destes direitos decorre de serem condição para o exercício dos direitos civis e políticos, gerando uma interdependência entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos e sociais¹⁵.

Como direito de caráter social com características prestacionais, por seu turno, apresenta o direito à saúde um conteúdo econômico, na medida em que dependente de políticas públicas a serem implementadas pelos Estados para assegurar-se seu gozo, de forma que a plenitude da garantia do exercício deste direito demanda investimentos, o que justifica uma realização progressiva até o limite dos recursos disponíveis e esta circunstância foi expressamente prevista no Pacto de Direitos Sociais, Políticos e Econômicos¹⁶:

“Artigo 2º – 1. Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como

15 Piovesan, Flávia. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: Sarlet, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direitos constitucional e comparado*. Organizador: Sarlet, Ingo Wolfgang – Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 238-239.

16 Idem, p. 245. Conforme anota Flávia Piovesan, os signatários do Pacto têm obrigação jurídica de efetivar os direitos econômicos, sociais e culturais, mas ao contrário dos direitos civis e políticos o Pacto Internacional concebe uma realização progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais até o máximo de seus recursos.

pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”.

A admissão do exercício progressivo do direito à saúde não descaracteriza referido direito como direito fundamental da pessoa humana, apenas constata-se, em atenção à realidade social, que a prestação dos serviços de saúde para assegurar-se a todos os povos seu exercício não pode apresentar um caráter utópico, mas voltar-se para a realidade social e orçamentária de cada Estado.

Da mesma forma, o caráter progressivo da realização do direito à saúde nos termos do Pacto acima mencionado não implica a possibilidade da inércia estatal em relegar referido direito para momento futuro, postergando sua realização, pois realização progressiva implica atuação concreta, apenas se admite não ser exigível de forma imediata o caráter ideal de plenitude de acesso aos mais desenvolvidos mecanismos de prestação, o que não se confunde com não fornecimento de qualquer serviço de saúde.

Na Constituição Federal de 1988 incorporaram-se os conceitos acima apresentados, assegurando-se o acesso universal igualitário aos serviços de saúde:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma dessa Constituição”.

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Fixou o legislador constituinte, portanto, a existência do dever estatal na prestação de políticas que visem assegurar a redução de doenças, assim como fincou o dever estatal de prover a recuperação daqueles que por algum motivo não estiverem na plenitude de seu bem-estar físico.

Ao Estado impõe-se, portanto, um dever de atuação preventiva no sentido de políticas públicas que objetivem assegurar aos indivíduos condições de desenvolver-se física e mentalmente saudáveis em sua plenitude.

Para Fernando Aith referida necessidade de atuação preventiva do Estado é uma das características do denominado princípio da segurança sanitária que incorpora tanto a necessidade de “redução dos riscos existentes nas atividades humanas que são desenvolvidas na sociedade e que podem, de alguma forma, afetar a saúde”, i.e., problemas de poluição e de comportamentos sociais (como o tabagismo e alcoolismo), mas também se estende à necessidade de medidas de redução de risco relativas à própria “execução de atos médicos em geral (infecções hospitalares, capacidade técnica dos responsáveis pelos atos médicos em geral, etc.)¹⁷”.

¹⁷ Aith, Fernando. *Curso de direito sanitário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p 229.

O caráter preventivo do direito à saúde, pois, correlaciona-se com outros direitos fundamentais sociais e individuais e a título de exemplo dos primeiros pode-se citar não só o dever de assegurar-se os direitos previsto no artigo 7º, XIII e XIV, da Constituição Federal como também o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, de sorte que assegurar o direito à saúde implica atender ao princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

Por sua vez, deve também o Estado garantir a recuperação daqueles acometidos de doenças físicas ou mentais através da prestação direta dos serviços públicos de saúde.

A atuação estatal deve se pautar pelos princípios estabelecidos pelo legislador constituinte sobre o tema, ou seja, deve atuar observada a universalidade e igualdade no fornecimento dos serviços de saúde.

Entende-se por universalidade a cobertura e tratamento através de todos os meios disponíveis e a igualdade no direito ao acesso de todos sem qualquer distinção ou discriminação.

4. A efetividade do direito à saúde

Em decorrência do caráter universal do direito à saúde, urge analisar a efetividade dos direitos sociais em decorrência das peculiaridades próprias que apresentam por se tratar de espécie de direito prestacional que demanda atuação positiva do Estado para seu gozo.

De acordo com a doutrina de José Afonso da Silva, as normas de direitos fundamentais podem ser classificadas como normas de eficácia plena, contida e limitada.

As normas de eficácia plena são aquelas que decorrem diretamente do texto constitucional, sendo desnecessária qualquer atuação positiva do legislador e, portanto, gera de forma imediata direito subjetivo público de exigir a prestação ou abstenção estatal, ou nas palavras do autor, são “aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situação, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”¹⁸.

As normas de eficácia contida são aquelas cuja possibilidade de geração de efeitos é imediata e decorrem diretamente do texto constitucional, mas admite-se sua redução de aplicabilidade através de atuação do legislador infraconstitucional. São normas, portanto, “em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais”¹⁹.

Por fim, as normas de eficácia limitada são “todas aquelas que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão”; por conseguinte, “são normas de aplicabilidade indireta, mediata

18 Silva, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo, 2008: Malheiros editores, 7ª edição, p. 101.

19 Idem, p. 116.

e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não essenciais, ou melhor, não dirigidos aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes²⁰.

A eficácia limitada da norma não permite classificá-la como norma não autexecutável ou sem aplicabilidade, apenas a sua aplicabilidade plena demanda a atuação do legislador ordinário.

Distingue o autor as normas constitucionais de eficácia limitada em dois grupos: as definidoras de princípio institutivo ou organizativo e as definidoras de princípios programáticos.

As normas de princípio institutivo são aquelas que estabelecem princípios gerais de organização e estruturação dos órgãos da administração pública, são consideradas como normas de eficácia limitada porque sua executoriedade plena depende da atuação do legislador infraconstitucional, o que não significa serem destituídas de eficácia, pois se as normas constitucionais são confirmativas da situação jurídica preexistente, esta permanece reconhecida, mas se traçam estruturas novas ou contrárias às existentes revogam as normas com ela incompatíveis²¹.

Da mesma forma, estas normas não são destituídas de aplicabilidade, mas tão somente sua aplicabilidade plena depende de ulterior promulgação de lei integrativa.²²

As normas programáticas, por sua vez, nas palavras de José Afonso da Silva; são "aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado"²³.

As negativas na implementação dos direitos sociais encontram substrato no caráter programático e na baixa densidade normativa dos direitos sociais que, por conseguinte, não gerariam direito subjetivo aos indivíduos de exigirem do Estado sua implementação.

Ao tecer considerações sobre esta interpretação sobre as normas programáticas na 7ª edição de sua obra, José Afonso da Silva reafirma que sua concepção acerca destas normas não implica a ideia de que não sejam autênticos direitos, de imediata aplicabilidade²⁴. Segundo o autor, trata-se de normas de grande importância teleológica ao atribuir fins do Estado, instaurando um regime de democracia substancial conforme ditames da justiça social.

A despeito de quase a totalidade das normas programáticas exigir a emanção de outros atos, daí não se pode concluir pela "não preceptividade" da norma, na medida em que a disciplina é obrigatória e suas diretivas não são meros convites ao legislado.

Portanto, "isso significa repelir a tese dos direitos econômicos, sociais e culturais como simples direitos legais" e continua o já mencionado autor citando Canotilho:

20 Ibidem, p. 83.

21 Ibidem, p. 132.

22 Ibidem, p. 135.

23 Ibidem, p. 138.

24 Idem, p. 141.

“a força dirigente dos direitos fundamentais justifica que se ultrapasse a degradação dos direitos sociais, econômicos e culturais (na parte em que se implicam direitos a prestações estaduais) em ‘simples direitos legais’, pois que são originários a prestações, fundados na Constituição e não direitos a prestações fundados em lei’; ‘os direitos subjetivos a prestações, [prossigue] mesmo quando não concretizados, existem para além da lei por virtude da Constituição, podendo ser invocados [embora não juridicamente, diz ele] contra as omissões inconstitucionais do legislador. A força imediatamente vinculante que hoje se atribui a uma parte dos direitos fundamentais (os direitos, liberdades e garantias e os direitos a prestações análogas) pode e deve ser interpretada no que respeita aos direitos a prestações, no sentido de fundamentar originariamente esses direitos, mesmo que não haja imposição constitucional dirigida expressamente ao legislador”²⁵.

Por conseguinte, a pretensão jurídica fundada num direito subjetivo transita da exigência de uma omissão dos poderes públicos, no sentido de ausência de interferência nos direitos individuais, para a proibição da omissão dos poderes públicos²⁶.

Não há como ignorar que a implementação de direito à saúde implica necessariamente a atuação através de políticas públicas; do que decorre a necessidade da disponibilidade orçamentária de recursos para tanto.

Portanto, o caráter universal na prestação de serviços de saúde deve ser visto com *granus salis*, ou seja, a universalidade deve ser atendida em observância aos recursos disponíveis, quer orçamentários, quer materiais decorrentes do desenvolvimento tecnológico existente, mas não se faculta a omissão do Poder estatal.

Justifica-se, portanto, a implementação progressiva das políticas públicas atendendo-se ao que se denominou reserva do possível, ou seja, existência de recursos materiais disponíveis, assim como a reserva do financeiramente possível, v.g., disponibilidade orçamentária existente²⁷.

Estas circunstâncias aparentemente impediriam o entendimento de que o direito à saúde seria gerador de direitos subjetivos públicos, de forma a justificar a omissão estatal na prestação do serviço e impedir a atuação do Poder Judiciário a respeito por tratar-se de matéria discricionária do Poder Legislativo em razão da legislação orçamentária e do Poder Executivo por se tratar de implementação de políticas públicas.

A doutrina, entretanto, tem entendido que hipóteses há em que o exercício do direito social implica assegurar-se a garantia do mínimo existencial, ou seja, a esfera mínima de direitos cujo exercício é imperativo para a existência

²⁵ Ibidem, p. 144-145.

²⁶ Ibidem 145.

²⁷ Ana Paula Barcellos apresenta concepções diversas para a reserva do possível, segundo a autora: “sob o título geral da reserva do possível convivem ao menos duas espécies diversas de fenômenos. O primeiro deles lida com a inexistência fática de recursos, algo próximo da exaustão orçamentária, e pode ser identificado como uma reserva do possível fática. É possível questionar a realidade dessa espécie de circunstância quando se trata do Poder Público, tendo em conta a forma de arrecadação de recursos e a natureza dos ingressos públicos. Seja como for, a inexistência absoluta de recursos descreveria situações em relação às quais se poderia falar de reserva do possível fática. O segundo fenômeno identifica uma reserva do possível jurídica já que não descreve propriamente um estado de exaustão de recursos, e sim a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular” (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 263).

digna da pessoa humana, de tal sorte que o reconhecimento de direito subjetivo originário a prestações deverá estar vinculado ao exercício imprescindível das liberdades fáticas.

O mínimo existencial, neste contexto, significaria assegurar-se a eficácia de direitos sociais que justificam e permitem o pleno desenvolvimento do ser humano, permitindo o pleno desenvolvimento do princípio fundamental da ordem jurídica constitucional brasileira representado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que a inexistência de meios de fruição material do mínimo existencial implicaria a violação do princípio.

Para Ana Paula de Barcellos o mínimo existencial é composto de quatro elementos, sendo três materiais e um instrumental, quais sejam, a educação fundamental, a saúde básica, a assistência dos desamparados e o acesso à Justiça²⁸.

Nessa linha de princípios, para Sarlet:

“em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do legislador (assim como a separação de poderes e as demais objeções habituais aos direitos sociais a prestações como direitos subjetivos) implicar grave agressão (ou mesmo sacrifício) do valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipótese em que, da análise dos bens constitucionais colidentes, resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Gomes Canotilho, que, na esfera do padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo for ultrapassado, tão somente um direito subjetivo ‘prima facie’, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de uma lógica do tudo ou nada”²⁹.

Nestas hipóteses, portanto, existiria o direito subjetivo de exigir-se a prestação estatal do necessário para assegurar-se a existência digna, ao menos de acordo com o mínimo necessário³⁰.

Portanto, ainda que o direito à saúde demande a atuação positiva estatal, não significa dizer tratar-se de direito sem eficácia, na medida em que cria posições jurídico-subjetivas de vantagem, ainda que limitadas.

Este é também o entendimento de Clémerson Merlin Clève para quem a eficácia dos direitos sociais se traduz

“no respeito ao mínimo existencial (não há dignidade humana sem um mínimo necessário para a existência). Ou seja, as prestações do poder público decorrentes do reconhecimento dos direitos fundamentais poderão ser progressivamente

28 Barcellos, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2008. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., p. 288.

29 Sarlet, Ingo Wolfgang, Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988, Revista Diálogo Jurídico, Ano I, Vol. n. 1 – Abril de 2001, Salvador Bahia, p. 37.

30 Robert Alexy fundamenta o mínimo existencial no direito à igualdade e não na dignidade da pessoa humana, por entender o autor a dignidade humana não oferece padrão minimamente controlável: “o enunciado da igualdade, que inclui a igualdade fática, pode, nos casos de mínimo existencial, fundamentar direitos definitivos concretos à criação de uma igualdade fática”. (Alexy, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros editores, 2008, p. 427/428).

*incrementadas. Todavia, o mínimo existencial implica, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais. O definir este mínimo não é tarefa fácil. O que se afirma, porém, é que para observância deste mínimo (que haverá de ser definido por meio de disputabilidade processual), pode o cidadão recorrer, desde logo, ao Poder Judiciário, estando o Judiciário, do ponto de vista constitucional, autorizado a decidir a respeito*³¹.

Nesta linha de entendimento, afigura-se o posicionamento jurisprudencial do E. Supremo Tribunal Federal no exame do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410715-5- São Paulo, de 22 de novembro de 2005, cujo relator foi o Min. Celso de Mello cujo excerto do v. Acórdão segue transcrito:

“É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) – que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário (...) a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...) pois, neste domínio, como adverte a doutrina (MARIA PAULA DALLARI BUCCI, Direito Administrativo e Políticas Públicas, 2002, Saraiva), o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende salientar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à ‘reserva do possível (...)’ notadamente em sede de implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá

31 Clève, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 54, p. 38.

razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política,

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo/STF nº 345/2004).

Cumpre advertir, desse modo, (...) que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.

118

Indiscutível, portanto, que a saúde básica enquadra-se na seara do mínimo existencial. No entanto, a cada decisão individual que assegura determinado tratamento médico especializado ou fornecimento de drogas decorre um custo e este custo irá passar necessariamente pelo desatendimento de uma outra gama de pessoas que igualmente necessitam de atendimento de saúde, tornando necessária a readequação orçamentária, não obstante o argumento não possa servir de substrato para a negativa genérica na garantia da fruição do direito.

Consagrou, portanto, o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento acima mencionado, a existência do direito público subjetivo decorrente de direitos sociais o que, por si só, afasta a argumentação da previsão constitucional destes direitos consubstanciarem-se em normas sem eficácia.

Reconhece-se, assim, a eficácia de direitos sociais indispensáveis à preservação das condições materiais mínimas de existência, inclusive assentando que argumentações de cunho econômico-financeiro são insuficientes para obstar o exercício destes direitos.

Por outro lado, delimitou-se que a atuação do Poder Judiciário no reconhecimento da obrigação estatal na prestação de direitos sociais só é legítima em hipóteses excepcionais e quando configurado o intento doloso, arbitrário e censurável do Poder Público em criar obstáculo artificial ao exercício do direito que deve estar “impregnado de um sentido essencial fundamentalidade”.

Manifestamente justificável a atuação apenas em caráter excepcional, visto que o implemento de políticas públicas é de responsabilidade de outros Poderes e a implementação por decisão judicial de direitos sociais é geradora de custos que implicará, por relação causal, o descobrimento orçamentário de outra parcela de políticas públicas igualmente necessárias e essenciais.

Da mesma forma, deve ser obstada qualquer atuação do Poder Judiciário na hipótese de inexistir omissão dolosa ou intento fraudulento dos demais Poderes em assegurar a implementação do direito à saúde e neste aspecto mostra

de especial relevo a análise da questão do fornecimento de tratamento médico e remédios através de decisões judiciais.

Na realidade, uma jurisprudência que tenda para a irrestrita concessão individual de pleitos relacionados a direitos prestacionais acaba por gerar um efeito paradoxal de impedir uma implementação mais ampla dos próprios direitos sociais.

Qualquer decisão judicial relativa a direitos sociais prestacionais, como o fornecimento de medicamentos, apresenta um custo para os cofres públicos e o erário não dispõe de recursos a “fundo perdido”, ou seja, é falaciosa e desvinculada da realidade fática a conclusão de que os recursos existem, mas apenas estão mal empregados.

Conquanto possam ser comprovados eventuais desvios de emprego de recurso público, o argumento da inadequação de seu emprego sem embargo de dúvidas não pode ser implementado pelo Poder Judiciário para justificar a concessão irrestrita de pleitos individuais relativos a direitos prestacionais, pois não ostenta legitimidade democrática para realizar escolhas sobre a implementação de políticas públicas e o assim proceder, na verdade, antes de favorecer a efetividade dos direitos sociais, configura-se em um freio à implementação ampla aos direitos sociais, o que, inclusive, acaba por gerar situações de desigualdade entre aqueles que dispõem do acesso ao judiciário e aqueles que não possuem as mesmas possibilidades.

Em se tratando de saúde pública, ao ser imposta judicialmente a obrigatoriedade de implementação de um tratamento em hospital privado de elevada especialidade ou imposição de fornecimento de medicamentos de alto custo de forma individual, acaba-se por elevar os beneficiários destas decisões a uma situação de superioridade em relação aos demais que não dispuseram da mesma oportunidade de acesso ao judiciário, acaba-se, portanto, sob a pretensão de efetivar um direito social, por criar uma situação de desigualdade odiosa que, na verdade, implicará a eterna impossibilidade dos cidadãos com menos recursos de disporem dos melhores tratamentos médicos.

Não há como virar o rosto à realidade de que um sem-número de pessoas, nos bolsões de pobreza deste país, sequer dispõe de tratamentos mais básicos de saúde e a imprensa se encarrega de diariamente noticiar a situação calamitosa da saúde pública, ocorre que, a cada deslocamento de verbas orçamentárias para atendimento de pleitos individuais, em nada se favorece a melhoria das políticas públicas de saúde, ao contrário, agrava-se a situação.

O que dizer, a título de exemplo, de uma imposição judicial a um pequeno município de 10.000 habitantes de arcar com um tratamento médico de alta especialidade em hospital privado por vezes localizado em outro Estado da federação.

Referida situação hipotética implicaria total exaustão de verbas orçamentárias anuais que haviam sido destinadas para ser aplicadas em serviços de saúde pública. O que dizer, então, aos outros 9.999 habitantes desta mesma cidade que, por força da imposição do tratamento de alto custo a um de seus habitantes, viram-se despidos de qualquer possibilidade de obtenção de tratamento básico para doenças simples que por vezes são decorrentes da própria situação de miserabilidade em que vivem.

Com maestria resume Canotilho esta situação ao afirmar que “uma jurisprudência aparentemente amiga da dignidade humana e das suas refracções sociais, pode, afinal, ser uma jurisprudência que, encapuçadamente, se recusa a olhar de frente para o direito à igual dignidade social (e não apenas para a dignidade da pessoa humana), o direito à igualdade distributiva, o direito ao

desenvolvimento da personalidade, o direito a níveis essenciais de prestações sociais inerentes aos direitos sociais”³².

De fato, ao se impor uma obrigação de fornecimento de medicamento de alto custo em favor de um único indivíduo sob o manto da efetivação do direito da dignidade da pessoa humana, acaba-se por favorecer a não implementação da dignidade social, a qual é a visão de conjunto da mesma dignidade que se pretende assegurar de forma individual.

O problema, portanto, é que a implementação dos direitos sociais devem ter por prioridade a visão do conjunto e não a individual, para com isto se garantir a plena igualdade ao mesmo sistema de saúde pública a todos os cidadãos.

É evidente que em uma situação ideal haveria de todos os cidadãos terem acesso ao que há de mais moderno em termos de tratamentos de saúde e medicamentos, mas esta não é a realidade fática em que estamos inseridos.

Inexistem recursos para proporcionar a todos tratamento de alta especialização e, por conseguinte, não há como se permitir a apenas alguns referido tratamento.

As objeções a este entendimento viriam do argumento de que estaríamos, portanto, a propugnar que o tratamento de alta tecnologia da especialidade médica ficaria restrito àqueles providos de grandes recursos financeiros, ao passo que a população desprovida de recursos ficaria sempre sujeita a tratamentos ultrapassados.

Esta não é, contudo, a forma com que interpretamos a situação proposta.

Embora não se olvide sobre a existência de desigualdades sociais, o que não se admite é a desigualdade ser patrocinada pelo Estado, ou seja, o inadmissível é permitir o tratamento médico com custos públicos a apenas alguns indivíduos em detrimento dos demais, pois se não há como fornecer a todos o que idealmente seria o melhor, ao menos seria possível proporcionar a um maior número de pessoas aquilo que é faticamente realizável, ainda que eventualmente se trate de um tratamento médico menos eficiente, pois desta forma favorecer-se-ia uma maior facilidade de acesso da população ao menos ao tratamento básico disponível com os recursos financeiros disponíveis, pois atualmente sequer estes tratamentos básicos de saúde são usufruídos por grande parcela da população.

Ou seja, enquanto todos os cidadãos não tiverem disponível no sistema público de saúde ao menos um tratamento médico básico, não é possível pretender assegurar a apenas alguns, sob o argumento de se estar preservando o direito da dignidade da pessoa humana, um tratamento especializado de alto custo.

O fato é que as conclusões acima são mais simples de serem atingidas, no âmbito acadêmico, situação em que não se está defronte a uma situação fática.

O dilema a que se encontra submetido o Magistrado ao lhe ser proposta a questão da necessidade de um tratamento especializado ou mesmo de fornecimento de um medicamento de alto custo é gerador de profundos conflitos morais, pois naquele caso concreto vê-se diante da possibilidade real de um ser humano vir a apresentar sofrimentos físicos ou mesmo morrer na eventual hipótese de negativa do tratamento.

O Magistrado é um ser humano, e sua atuação ao interpretar a lei não é mera atividade subsuntiva e declaratória.

³² Canotilho, José Joaquim Gomes *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 267.

A interpretação é fenômeno de concretização e não de declaração, de tal sorte que qualquer interpretação jurídica está imbuída dos valores do intérprete, na medida em que este não pode captar o conteúdo da norma desde um “ponto aritmético situado fora da existência histórica”, senão através da concreta situação histórica em que se encontra, situação esta que terá dilapidado os contornos de seus hábitos mentais, condicionado seus conhecimentos e preconceitos³³.

Conforme Celso Bastos o “intérprete nunca será absolutamente neutro. Aquele vazio a que se referiu acima é preenchido em grande parte com preconceitos, valores, visões pessoais do aplicador da lei. O Direito é essencialmente voluntarista, vale dizer, necessita da vontade do intérprete”³⁴.

Por mais que o intérprete se afie a métodos hermenêuticos com o escopo de atingir uma interpretação neutra, esta nunca vai efetivamente existir, pois sempre no resultado da interpretação estará uma parcela dos valores do próprio intérprete.

Diante de uma situação concreta em que se pleiteia tratamento de saúde privado cujos custos serão arcados pelos cofres públicos não há como se pretender eliminar todo e qualquer conflito moral do julgador diante da possibilidade efetiva da negativa do pedido implicar a morte do indivíduo.

Os conflitos morais dos seres humanos são maiores diante da proximidade física do indivíduo que sofrerá as consequências de nossas ações, ou seja, na medida em que o julgador se vê próximo fisicamente do destinatário de sua decisão aumentam seus conflitos morais e, por consequência, maiores seus sentimentos de responsabilidade para com o destino do outro.

É mais fácil ver o outro como um igual quanto mais próximo dele nos encontramos e é justamente por isto que diante de uma situação de urgência referente à implementação de um tratamento de saúde requerido individualmente afigura-se menos conflituoso moralmente conceder a tutela jurisdicional, ainda que com isto se acarrete a um número maior de pessoas a impossibilidade de obtenção de outros tratamentos mais básicos e menos custosos.

Esta situação foi descrita e comprovada por Stanley Milgram, psicólogo de Yale, cujos resultados foram publicados, em 1974, na obra *Obedience to Authority: An Experimental View*. Concluiu o autor que a distância física afigura-se em proporcionalidade inversa ao sofrimento moral decorrente de nossa conduta, ou seja, é mais difícil infligir sofrimento a uma pessoa que vemos e tocamos, mas tão mais fácil é fazê-lo se não temos com ela qualquer contato físico, se não a vemos.³⁵

O distanciamento social implica, portanto, a redução do senso de responsabilidade acerca das implicações de nossos atos.

Conforme afirma Bauman “a responsabilidade é silente, uma vez desgastada a proximidade; pode eventualmente ser substituída pelo ressentimento, uma vez o cossujeito humano seja transformado num Outro”³⁶. A indiferença moral, portanto, é tanto maior quanto menor for a proximidade do ator ao resultado de seus atos, pois segundo Bauman:

“A capacidade visual do impulso moral, limitada como é pelo princípio da proximidade, permanece constante, enquanto cresce rapidamente a distância em que a ação humana pode

33 Hesse, Konrad. *Escritos de derecho constitucional (Selección)*. Madrid: Livraria dos Advogados Editora, 1983, p. 44.

34 Bastos, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos editora, 2002, p. 47.

35 Bauman, Sygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 1996, p. 182.

36 Idem, p. 213.

ser efetiva e consequente e, portanto, também o número de pessoas em que a ação humana pode ser efetiva e consequente e, portanto, também o número de pessoas que podem ser afetadas por tal ação. A esfera de interação influenciada pelos princípios morais é encolhida em comparação com o volume crescente de ações subtraídas à sua interferência”³⁷.

Por conseguinte, as situações concretas postas à mesa dos juízes diariamente nos pleitos referentes a fornecimento de saúde importam em inevitáveis conflitos morais tanto maior for a urgência da medida, ou seja, tanto maior o risco da negativa do pedido implicar riscos de morte àquele que requer a medida, maiores serão as implicações morais decorrentes, sendo inviável admitir, salvo em âmbito estritamente teórico e enviesado, a possibilidade de plena neutralidade diante de uma situação como esta.

E tanto menores as regulamentações, ou seja, inexistentes parâmetros legislativos claros para balizar as sentenças nestes temas atinentes à tutela individual do direito à saúde, mais difícil aos juízes negarem os pedidos, ou seja, no confrontar entre a situação individual daquele que se visualiza, ainda que através do processo, e frente à possibilidade longínqua de causar entraves na implementação de políticas públicas, a proximidade física da primeira situação causará maiores conflitos morais.

Isto, contudo, não pode ser entendido como populismo judicial; ao contrário, o populismo visa angariar apoio das massas e seus fins são escusos, ou seja, a obtenção de poder ao custo da desinformação da população e não há como se infligir ao Poder Judiciário referida adjetivação nas hipóteses em que, através de pleitos individuais, venham a ser fornecidos medicamentos ou tratamentos médicos de elevados custos, pois nestes casos o objetivo imediato é o amparo a uma situação individual em que existentes riscos reais de morte e que implicam inevitáveis conflitos morais decorrentes da proximidade física e da possibilidade imediata de causar danos irreparáveis a um ser humano, ainda que esta postura analisada em um contexto global de efetivação dos direitos sociais não possa ser considerada a mais adequada.

Em síntese, portanto, o atendimento dos pleitos individuais em matéria de direito à saúde deve apenas amparar situações de efetiva omissão dolosa do Poder Público na execução de políticas públicas, ou seja, diante de uma situação concreta em que a efetivação progressiva do direito social à saúde está sendo feita em conformidade aos recursos disponíveis, não deve ser acolhida a demanda individual.³⁸

5. A problemática do fornecimento de medicamentos

Tem se tornado corriqueira a impetração de mandado de segurança em face das unidades federativas objetivando o fornecimento de medicação e tratamento médico especializado sob o argumento da negativa estatal em prestá-lo.

Indiscutível, nos termos da mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, que a negativa dolosa e injustificável na prestação de tratamento

³⁷ Idem, p. 222.

³⁸ Cf. Moro, Fernando. O Judiciário e os direitos fundamentais sociais, in *Curso de Especialização em Direito Previdenciário*, vol. 1. 1ª edição, 2ª tiragem, 2006. Curitiba: Juruá Editora, p. 291.

médico especializado e medicamentos configura em obstáculo artificial para o exercício de direito que se tratando de direito à saúde é indubitavelmente impregnado de essencialidade.

Ocorre que a demonstração da negativa dolosa dos Poderes Públicos na garantia do exercício do direito à saúde básica nem sempre está devidamente caracterizada e ganham relevo as hipóteses de tratamentos médicos de grande complexidade e remédios altamente custosos que por vezes são de fornecimento ordinário por uma das unidades de federação, notadamente a União, mas o Poder Judiciário acaba por condenar outra unidade federativa, no mais das vezes o Município, em seu fornecimento sob o argumento da existência de solidariedade dos entes federativos.

Quer dizer, ainda que haja previsão de fornecimento do medicamento por uma das unidades federativas têm ocorrido, com frequência, manifestações judiciais impondo a obrigação de fornecimento do mesmo medicamento a outras unidades federativas.

Ocorre que o assim proceder implica inobservância do artigo 198 da Constituição Federal que estabelece: "As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único...".

A unicidade do sistema previsto pela Constituição Federal deve ser entendida em seus devidos termos e não como solidariedade dos entes federativos que justificaria a todos fornecerem a mesma qualidade de medicamentos e tratamentos criando situação de sobreposição e gastos em duplicidade.

Inconteste o dever do Estado em prestar e assegurar o exercício dos direitos sociais, mas em se tratando de um Estado federal com unidades federativas distintas não pode se impor a cada uma delas o mesmo dever de prestação de atividades de outras e no caso específico de medicamentos e tratamentos médicos referido entendimento acerca da solidariedade dos entes federativos tem significado a penalização do ente mais frágil, ou seja, o Município, entendida referida fragilidade em menores disponibilidades orçamentárias.

O fato é que não há solidariedade no que diz respeito à prestação de serviços de saúde de tal sorte a autorizar a exigência do direito à saúde de forma indiscriminada de qualquer dos entes federativos.

O artigo 23, inciso II, da Constituição Federal, que contempla a competência material comum da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de assegurar o direito à saúde (art. 23, II, da Constituição Federal), não conflita com o disposto no artigo 198 da Constituição Federal que estabelece a prestação de serviços de forma regionalizada³⁹.

Portanto, estabelecida a regionalização da prestação dos serviços públicos de saúde afasta as conclusões enviesadas de solidariedade, ou seja, é inconteste o dever de assegurar o direito à saúde a todos os entes federativos, ocorre que a par do caráter progressivo da prestação destes direitos, mostra-se compatível com o estado federativo a divisão de competências para sua prestação.

39 De acordo com Fernando Aith o "princípio da regionalização do SUS representa uma forma avançada de descentralização das ações e serviços de saúde na medida em que organiza as ações do Estado não só puramente através da descentralização política – que atomiza as competências e ações dentro dos territórios de cada ente federativo – mas também através de uma organização fundada na cooperação entre esses diversos entes federativos para que se organizem e juntem esforços rumo à consolidação de um sistema eficiente de prestação de ações e serviços públicos de saúde". (Aith, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: A proteção do Direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 355).

Por conseguinte, a demonstração de previsão legislativa impondo a outra unidade da federação o dever de fornecer o medicamento ou prestar o serviço não permite antever o caráter doloso, arbitrário e censurável do Poder Público e, portanto, não se justifica a intervenção do Poder Judiciário.

Repise-se, o caráter regionalizado e hierarquizado do sistema único de saúde, conforme expressa previsão constitucional, não permite a conclusão de se tratar de solidariedade entre os entes federativos o fornecimento de qualquer espécie de medicamento ou tratamento médico especializado, o que de forma alguma conflita com a conclusão de que o Estado como um todo unitário deve de fato assegurar o direito à saúde em seu aspecto universal; todavia, tratando-se de uma federação, justifica-se a distribuição de atribuição entre os diversos entes através de regionalização e hierarquização do sistema como forma a assegurar-se o direito que a toda evidência depende de substrato econômico-financeiro e a atenção a existência da disponibilidade do objeto⁴⁰.

Ademais, a regionalização atende ao *Princípio da Eficiência* da administração pública, expressamente referido no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, cuja finalidade é justamente orientar a atividade administrativa no sentido de conseguir a otimização de resultados com os escassos recursos que dispõe⁴¹.

Conforme a lição de Fernando Aith a regionalização dos serviços públicos de saúde objetiva assegurar a equidade e a diretriz descentralizadora dos serviços de saúde configura mecanismo fundamental para a efetivação do direito à saúde, em especial para a implementação da universalidade do acesso e para a redução de iniquidades⁴².

Portanto, não se está a negar que direitos sociais prestacionais são capazes de gerar direitos subjetivos que justifiquem a obtenção frente ao Estado da prestação obstada por ausência de meios fáticos que assegurem seu exercício; ocorre que conferir o caráter de direito subjetivo público a direitos sociais não permite fazer tábula rasa dos demais dispositivos constitucionais sem a observância de uma interpretação sistemática.

Ao conferir ao Sistema Único de Saúde o caráter hierarquizado e regionalizado fixou-se a possibilidade de estabelecimento de responsabilidades próprias a cada um dos entes federativos pela efetivação do direito à saúde, de forma que o Estado (gênero), como um somatório dos demais entes federativos, garanta o direito social à saúde em sua plenitude.

Em atenção a este caráter regionalizado e hierarquizado do sistema público de saúde editou-se a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, cujo objetivo é regulamentar o já citado artigo 198 da Constituição Federal visando regular em todo território nacional as ações e serviços de saúde.

40 A despeito da afirmação de que inexistente solidariedade entre os entes federativos, fato é que a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal reconheceu tratar-se de responsabilidade linear de todos os entes federativos, conforme excerto do Acórdão relatado pelo Ministro Marco Aurélio no RE nº 19592/RS: "Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida crianças e adolescentes. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios". No mesmo sentido já pronunciou-se o E. Superior Tribunal de Justiça conforme se observa no Agravo de Instrumento nº 713.004- SC: "(...) A CF/1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no polo passivo da demanda (...) (STJ, rel. Min. José Delgado, d.j. 1 de fevereiro de 2006).

41 Silva, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros editores, 2008, p. 671.

42 Aith, Fernando. Op. cit., p. 227.

6. Análise da legislação infraconstitucional – O Sistema Único de Saúde (SUS) na Lei 8.080/90

Dentre os princípios estabelecidos no artigo 7º da Lei 8.080/90 destaca-se por sua relevância: 1) a universalidade de acesso aos serviços de saúde; 2) integralidade de assistência; 3) preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; 4) igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; 5) direito à informação, às pessoas assistidas, sobre a saúde; 6) divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e sua utilização pelo usuário; 7) participação da comunidade; 8) *descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo com ênfase na descentralização dos serviços para os municípios e regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde*; e 9) *organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos*.

Observe-se que nos itens 7 e 8 acima mencionados verifica-se exatamente a diretriz do legislador constituinte, qual seja, a existência da regionalização e hierarquização dos serviços de saúde objetivam, na verdade, evitar a duplicidade de meios para fins idênticos o que é justificável como forma de organização e equalização orçamentária dos entes federativos, pois irrealista supor a existência de fontes ilimitadas de recurso que permitam olvidar-se da necessidade de se extirpar ao máximo duplicidades de meios para consecução de fins idênticos.

É justamente com este escopo que existe uma regionalização no fornecimento dos medicamentos, a qual é explicitada pela Portaria MS/GM nº 3916, de 30 de outubro de 1998, que aprovou a Política Nacional de Medicamentos.

Em linhas gerais, ficaram estabelecidas as atribuições dos diversos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos com destaque para o papel dos estados com relação a medicamentos de dispensação excepcional⁴³, ficando a cargo do município o fornecimento de medicamentos essenciais que se encontram no RENAME⁴⁴, restando à União além da cooperação técnica e financeira com os demais entes federativos adquirir e distribuir produtos em situações especiais que se encontram definidos no Capítulo 3 da Política Nacional de Medicamentos.

Por conseguinte, o estabelecimento de atribuições distintas aos diversos entes federativos no tocante ao fornecimento de medicamentos consiste em atividade de planejamento própria do exercício de políticas públicas e, portanto, encontra respaldo legal e constitucional não podendo ser interpretada como mecanismo que objetive esquivar-se o Poder Público de seu dever de assegurar o pleno exercício de tão relevante direito social.

De acordo com Gilberto Bercovici,

“o planejamento coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se de uma interven-

43 A lista de medicamentos de dispensação excepcional encontra-se na Portaria GM nº 2.577, de 27 de outubro de 2006.

44 A RENAME significa a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais e considera como integrantes do relação de medicamentos essenciais aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população. Esses produtos devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que delas necessitem, nas formas farmacêuticas apropriadas, e compõem uma relação nacional de referência que servirá de base para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal, que deverão ser estabelecidas com apoio do gestor federal e segundo a situação epidemiológica respectiva. Referida conceituação pode ser encontrada na apresentação da Política Nacional de Medicamentos.

ção conjuntural ou casuística. O plano é expressão da política geral do Estado. É mais que um programa, é um ato de direção política, pois determina a vontade estatal por meio de um conjunto de medidas coordenadas, não podendo limitar-se à mera enumeração de reivindicações”⁴⁵.

Os frequentes pronunciamentos jurisprudenciais, inclusive de Cortes Superiores, em que se reconhece a solidariedade de todos os entes federativos no fornecimento de medicamentos apenas podem ser considerados justificáveis nas hipóteses de inexistência de política pública que estabeleça qualquer sorte de distribuição de atribuições entre eles, configurando uma atividade omissiva que pode ser imputada ao Estado (gênero).

Diversa, entretanto, a hipótese em que há a previsão do fornecimento do medicamento por um dos entes federativos, situação em que a condenação de forma solidária de todos eles implicará o desatendimento do comando constitucional de regionalização dos serviços e, por conseguinte, do Princípio da Eficiência, acarretando a duplicidade de meios para busca dos mesmos fins.

Em conclusão, portanto, tem-se por indiscutível o caráter essencial do direito social à saúde, o qual é gerador de direito subjetivo e admite efetivação através de manifestações do Poder Judiciário nas hipóteses de omissão do Poder Público, sem com isto violar o princípio da separação de poderes ou da reserva de iniciativa do Poder Legislativo em matéria orçamentária, haja vista que o direito à saúde é integrante do núcleo mínimo existencial.

Não se pode olvidar, contudo, que os direitos prestacionais materiais demandam políticas públicas e dispêndios econômico-financeiros, por conseguinte, a determinação através do Poder Judiciário para seu fornecimento deve encontrar respaldo em omissão dolosa do Poder Público na efetivação dos direitos sociais, o que afasta a possibilidade de imputação de responsabilidade em hipóteses em que haja ausência absoluta de recursos.

É justamente por esta razão que ao existir previsão de fornecimento de medicação ou tratamento médico especializado por um dos entes da federação que se afasta a configuração do dolo omissivo do Poder Público na garantia do exercício do direito prestacional, de forma que, havendo imposição de fornecimento do mesmo medicamento ou do mesmo tratamento médico especializado através de ordem judicial, implicará duplicidade de meios para garantia dos mesmos fins e nesta hipótese, portanto, não se justifica a condenação daquele que não apresenta no rol das atribuições da Política Nacional de Medicamentos o dever de cumprir com a obrigação.

7. Conclusão

Dentro de uma conotação de Estado social de direito é imprescindível assegurar e garantir o exercício dos direitos fundamentais sociais, os quais são dotados de efetividade no sentido de proibição de omissão do poder público.

A exigência de prestação do Poder Público através de tutelas individuais

⁴⁵ Bercovici, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros editores, 2005, p. 69-70.

para assegurar-se o exercício de direitos sociais de conotação econômica como o direito à saúde, contudo, deve ser analisada dentro de um contexto de limitação de recursos financeiros, o que, não obstante não seja um argumento plausível para uma omissão dolosa por parte do Estado no fornecimento de medicamentos, justifica apreciar a regionalização da prestação dos serviços de saúde como instrumento para assegurar a eficiência da administração pública e garantir a plena universalização dos direitos sociais prestacionais.

8. Referências bibliográficas

AFONSO DA SILVA, JOSÉ. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

AITH, FERNANDO. *Curso de Direito Sanitário: A proteção do Direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALEXY, ROBERT. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

BARCELLOS, ANA PAULA. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTOS, CELSO RIBEIRO. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002.

BAUMAN, ZYGMUM. *Modernidade e Holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BERCOVICI, GILBERTO. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros editores, 2005.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CLÈVE, CLÉMERSON MERLIN. A eficácia dos direitos fundamentais sociais in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 14, n. 54, p. 28-39.

HESSE, KONRAD. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Livraria dos Advogados Editora Ltda. 1983.

MORO, FERNANDO. O Judiciário e os direitos fundamentais sociais, in *Curso de Especialização em Direito Previdenciário*, vol. 1. 1ª edição, 2ª tiragem. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

PIOVESAN, FLÁVIA. Proteção Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: Sarlet, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direitos constitucional, e comparado*/ Organizador: Sarlet, Ingo Wolfgang – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, INGO WOLFGANG. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988, *Revista Diálogo Jurídico*, Ano I, Vol. n. 1 – Abril de 2001, Salvador Bahia.